

SÉRGIO GUERRA

Prefácio

Tercio Sampaio Ferraz Junior

DISCRICIONARIEDADE,
REGULAÇÃO E REFLEXIVIDADE
Uma Nova Teoria sobre as



5ª edição revista e atualizada

Belo Horizonte

1 FÓRUM

2018

© 2018 Editora Fórum Ltda.
 2012 2ª edição revista e atualizada
 2015 3ª edição revista e atualizada
 2017 4ª edição revista e atualizada
 2018 5ª edição revista e atualizada

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Florianio de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabrizio Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
 Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
 Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com ISBD

G934d Guerra, Sérgio

Discrecionariedade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas / Sérgio Guerra. – 5. ed. rev. e atual. – Belo Horizonte : Fórum, 2018.

480 p. : 14,5cm x 21,5cm.

ISBN: 978-85-450-0511-7

1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Direito Público. 4. Direito Regulatório. 5. Serviços Públicos. 6. Agências Reguladoras. I. Título.

2018-669

CDD 342
 CDU 342

Elaborado por Vagner Rodolfo da Silva – CRB-8/9410

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GUERRA, Sérgio. *Discrecionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 5. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 480 p. ISBN 978-85-450-0511-7.

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA 4ª EDIÇÃO	
Tercio Sampaio Ferraz Junior	13
PREFÁCIO DA 2ª EDIÇÃO	
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	19
PREFÁCIO DA 1ª EDIÇÃO	
Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Juruena Villela Souto.	21
APRESENTAÇÃO DA 5ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	25
APRESENTAÇÃO DA 4ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	29
APRESENTAÇÃO DA 3ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	31
APRESENTAÇÃO DA 2ª EDIÇÃO	
Sérgio Guerra	33
INTRODUÇÃO	35
CAPÍTULO 1	
EVOLUÇÃO DA ESCOLHA ADMINISTRATIVA NO ESTADO DE DIREITO	51
1.1 Escolha absolutamente vinculada da Administração Pública à lei no constitucionalismo oitocentista francês.....	53
1.1.1 Proeminência do Poder Legislativo francês: o primado da lei	56
1.1.2 Limitação executiva estatal na ordem econômica francesa	59
1.1.3 Sistematização das leis em códigos.....	61

1.2	Projeção do Poder Executivo e abertura normativa primária para a aplicação da escolha administrativa relativamente vinculada	62
1.2.1	Impossibilidade do esgotamento de todas as hipóteses a serem objeto de ordenação executiva pela lei	65
1.3	Evolução da escolha administrativa determinativa de conceitos legais	69
1.3.1	Confronto entre a teoria da multivalência e a teoria da univocidade	71
1.4	Ápice da ampliação da escolha administrativa no modelo intervencionista por meio da discricionariedade administrativa	72
1.4.1	A constituição francesa de 1848 e o Estado do Bem-Estar Social	73
1.4.2	Concepções do Estado Social no século XX: o protagonismo do Poder Executivo.....	75
1.4.3	Margem de livre apreciação da norma legal pelo administrador público: vinculação negativa e vinculação positiva à lei.....	79
1.4.4	Estruturação do instituto da discricionariedade administrativa sob o binômio conveniência/oportunidade.....	81
1.4.5	Evolução da discricionariedade administrativa no Brasil seguindo a doutrina francesa	90
1.4.6	Modalidades de discricionariedade administrativa e sua repercussão no controle	97
1.4.6.1	Discricionariedade política	98
1.4.6.2	Discricionariedade de gestão	104
1.4.6.3	Discricionariedade tática.....	106
1.4.6.4	Discricionariedade técnica.....	107
1.4.6.5	Discricionariedade regulamentar	109
1.5	Regulação administrativa: a nova categoria de escolha pelo administrador público	111
1.5.1	Premissas da pós-modernidade e seus impactos no modelo econômico e social estatal: a importância da escolha regulatória	115
1.5.1.1	Modelo neoliberal: adesão à moda brasileira	121
1.5.1.2	Novo constitucionalismo brasileiro e sua função reguladora	125

1.5.2	Pós-modernidade, regulação e direito administrativo: uma releitura obrigatória	133
1.5.3	Novas funções estatais propícias às escolhas regulatórias.	139
1.5.4	Formulando um conceito sobre a escolha regulatória	146
1.5.5	Desafio da complexidade e tecnicidade para a Administração Pública.....	146
1.5.6	Maleabilidade normativa	149
1.5.7	Fundamentos jurídicos da regulação estatal de atividades econômicas no atual constitucionalismo brasileiro.....	153
1.5.8	Novas tecnologias e assimetria regulatória	156
1.6	Conclusão parcial.....	159

CAPÍTULO 2

CRÍTICAS E PROPOSTAS ACERCA DOS INSTRUMENTOS CLÁSSICOS E MODERNOS QUE CONFORMAM A ESCOLHA ADMINISTRATIVA		163
2.1	Crítica à aplicação do princípio legalitário iluminista nos tempos atuais	165
2.1.1	Ortodoxia kelseniana	166
2.1.2	Reserva de lei	173
2.1.3	Distanciamento do circuito legiferante das especificidades tecnológicas e do caso concreto submetido à regulação	175
2.2	Crítica à configuração da escolha determinativa de conceito jurídico e de seu correspondente instituto de integração da norma na busca da única solução regulatória possível.....	182
2.3	Crítica à escolha discricionária no pós-positivismo do século XXI.....	193
2.4	Crítica à doutrina que enquadra a escolha regulatória estatal na teoria da discricionariedade técnica.....	203
2.5	Crítica à teoria dos regulamentos administrativos como fundamento para o exercício da escolha regulatória estatal	207
2.5.1	Inaplicabilidade da delegação legislativa.....	208
2.5.2	Inaplicabilidade do enquadramento da normativa regulatória como função regulamentar, de execução ou autônoma	215
2.5.3	Enquadramento dos regulamentos no sítio da discricionariedade administrativa.....	223

2.5.4	Manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre a juridicidade da escolha regulatória	231
2.6	Bases da escolha regulatória compatíveis com os preceitos da pós-modernidade	238
2.6.1	Busca da legitimidade da escolha regulatória no atual contexto jurídico-constitucional por meio da deslegalização	248
2.6.2	Nova fórmula de sustentação da escolha regulatória: a <i>reflexividade administrativa</i> sob o binômio prevenção/ mediação	254
2.6.2.1	Primeira dimensão: a prevenção.....	265
2.6.2.2	Segunda dimensão: a mediação.....	265
2.6.2.3	Contornos da reflexividade administrativa	267
2.6.3	Ampliação dos espaços propícios à prática da nova categoria de escolha administrativa vis-à-vis o controle jurisdicional	274
2.6.3.1	Dicotomia (ou antinomia?) entre as escolhas regulatórias e as escolhas políticas	284
2.7	Conclusão parcial.....	290

CAPÍTULO 3

	“NOVA HERMENÊUTICA” E A CONSTITUCIONALIDADE DA REGULAÇÃO DE ATIVIDADES ECONÔMICAS E SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL POR ENTIDADES ADMINISTRATIVAS DOTADAS DE CERTA INDEPENDÊNCIA	297
3.1	Direito administrativo na pós-modernidade e a controvertida constitucionalidade da regulação de atividades econômicas e serviços públicos, exercida por entidades descentralizadas da Administração Pública e dotadas de autonomia.....	307
3.2	Hermenêutica voltada ao desafio de sustentar a constitucionalidade do modelo regulatório brasileiro	312
3.2.1	Positivização constitucional da função regulatória.....	316
3.3	Método de trabalho para concretização constitucional do modelo de regulação brasileiro.....	320
3.3.1	Notas introdutórias acerca do método de interpretação positivista	320
3.3.2	Métodos de trabalho do direito constitucional pós-nazismo para a estruturação de uma fórmula ideal de interpretação e concretização da regulação na Constituição Federal do Brasil de 1988.....	326

3.3.3	Força normativa da Constituição na visão de Konrad Hesse e o atual sistema de regulação brasileiro.....	333
3.3.3.1	Normatividade e força condicionante da realidade constitucional brasileira em termos de regulação administrativa.....	336
3.3.4	Metódica e âmbito da norma na teoria estruturante do direito de Friedrich Müller aplicada à regulação de atividades econômicas pelas entidades reguladoras brasileiras	338
3.3.4.1	Metódica na formatação regulatória brasileira.....	340
3.3.5	Interpretação pluralista e aberta da regulação no Brasil à luz da teoria de Peter Häberle.....	346
3.3.6	Modelo material-procedimental com base na teoria principiológica de Robert Alexy	348
3.3.6.1	Constituição como ordem marco. Os modelos puramente procedimental e puramente material.....	349
3.3.6.2	Modelo material-procedimental de Alexy	351
3.3.6.3	Margem de eleição dos <i>fins</i> da intervenção regulatória	352
3.3.6.4	Modelo regulatório eleito pelo Poder Legislativo como <i>meio</i> para a garantia dos direitos fundamentais	354
3.3.6.5	Margem para a <i>ponderação</i> da regulação descentralizada: <i>adequação, necessidade e proporcionalidade estrita</i> na satisfação dos princípios que regem a regulação	359
3.4	Conclusão parcial.....	363

CAPÍTULO 4

SEGURANÇA JURÍDICA NA REGULAÇÃO ESTATAL DE ATIVIDADES ECONÔMICAS.....

4.1	Segurança (ou insegurança) que se experimenta na atual ambivalência e subsidiariedade da sociedade de riscos	380
4.2	Contornos clássicos da segurança jurídica: certeza e estabilidade das relações e situações jurídicas.....	384
4.3	Busca da segurança jurídica na teoria principiológica.....	388
4.4	Busca da segurança jurídica em bases axiológicas.....	397
4.5	Caráter axiológico da segurança jurídica no contexto regulatório estatal brasileiro.....	403
4.6	Regulação nos contextos objetivo e subjetivo da segurança jurídica	407
4.6.1	Aspectos de natureza objetiva da segurança jurídica nas escolhas regulatórias	408

4.6.2	Aspectos de natureza subjetiva da segurança jurídica nas escolhas regulatórias	418
4.7	Mecanismos para conter incerteza e imprevisibilidade na regulação	422
4.7.1	Mitigação da abertura dos espaços para escolhas administrativas por meio da procedimentalização e previsibilidade técnica	423
4.7.2	Sistema formal para edição de normas regulatórias.....	426
4.8	Conclusão parcial	429
CONCLUSÃO		433
REFERÊNCIAS		445
TRABALHOS PUBLICADOS PELO AUTOR.....		473